Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

beſondere auch als ſchmerzenlos ein Schmerzengeld zu begründen nicht vermochte.

§. 7.

Der Gebrauch der actio aestimatoria iſt ſo wenig auf einen Stand beſchränkt, als die Klage auf Schmerzengeld. Doch wird der Mann von höherm Ehrgefühl Bedenken tragen, ſeinen Gemüths- oder Körper-Schmerz ſich bezahlen zu laſſen, beſtimmt er nicht dieſe Summe zum Beſten eines Dritten [1]). Uebrigens ſollte hier nur das Gebiet und die Gränze beider Klagen im Verhältniß unter einander und zu der actio legis Aquiliae zum Behuf der Praxis bezeichnet, keineswegs aber die ganze Lehre theoretiſch erſchöpft werden [2]).

XII.

Practiſche Bemerkungen über den Gebrauch der Eidesdelation neben *) andern Beweismitteln.

Von Genſler.

§. 1.

Wenn das Beweisthem aus mehreren einzeln trennbaren factis beſteht, welche zuſammen das Beweisthem bilden, ſo kann über das eine Factum ein Zeugenbeweis, Urkundenbeweis u. ſ. w. geführt, über das andere Factum aber der Eid angetragen werden [1]). Jede Colliſion bleibt hier entfernt. Vorauszuſetzen iſt nur, daß die Eidesdelation über dieſes Factum an ſich Statt finde.

§. 2.

A) Ueber den Inbegriff des nämlichen ungetrennten facti ſich neben der Eidesdelation auch anderer Beweismittel bedienen zu wollen, iſt nicht erlaubt [2]). Denn im Fall a) der letztern factiſche Beweisgründe eine volle richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit

1) Man kennt Beiſpiele, wo die aestimat. gegen einen Geizigen gewählt wurde, um das Geldquantum den Armen zuzuwenden. Oft muß auch das Schmerzengeld einen Theil des erlittenen damni mit decken, indem deſſen Erweis zu Weitſchichtigkeiten führen kann.

2) Dazu würde eine Beleuchtung des ganzen Gebietes der Injurien und des damni injuriae erforderlich ſeyn. M. vergl. auch Kleinſchrod. de reparatione delicto dati. Wirc 1799. Sp. II. §. 7. f. Tittmann, in dem Handb. der Strafrechts-Wiſſenſchaft, §. 411.

*) Nächſtens ähnliche Bemerkungen über den Gebrauch des Schiedseides wider die factiſchen Beweisgründe gegneriſcher Beweismittel; inſonderheit darüber: daß und inwieweit die Eidesdelation auch in dem Gebiete des indirecten Gegenbeweiſes und der Gewiſſensvertretung ſtatthaft und nützlich ſey.

1) De rebus amotis permittendum marito vel uxori, de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare. L. 14. Dig. 25. 2.

2) Ein argumentum e contrario kann man zunächſt aus L. 14. cit. hernehmen, weil, wär die gleichzeitige Häufung über das nämliche

des facti probandi zum Resultat haben, so erscheint der Gebrauch des Schiedseides eine zwecklose Handlung, und wenn der Product jenen Eid annähme und abschwüre, so sähe sich der Richter in der peinlichen Collision, etwas zugleich für juristisch wahr und unwahr halten zu müssen [3]). Diesen Zustand müssen die Gesetze verhindern. Wäre er aber dennoch eingetreten, so tritt der unter C. c. zu erwähnende Fall hervor — der Schiedseid ist aus den dort zu erwähnenden Gründen vorzuziehen. Begründen aber b) die Aussagen der Zeugen, der Inhalt der Urkunden u. s. w., auch nur eine unvollkommene Ueberzeugung des Richters, so haben doch die Gesetze für diesen Fall Vorsehung gethan, durch des Richters Befugniß, auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen [4]).

B) Sollte also der Beweisführer jene verbotene Häufung dennoch versucht haben, so muß ein richterliches Decret ihm die Erklärung gebieten, ob er a) die Eidesdelation, oder b) die etwaigen Beweismittel fallen, oder c) erstere als nur eventuell geschehen (§. 3.) angesehen wissen wolle [5]). Nicht dem Richter, sondern dem Beweisführer, gehört die Wahl [6]).

C) Hätte der Richter jenes übersehen, und a) der Eid wurde abgeschworen, ehe noch die factischen Beweisgründe der übrigen Beweismittel vorliegen, ehe z. B. die Zeugenaussagen eröffnet, oder die Urkunden anerkannt sind, so entscheidet sofort der Eid, die Procedur der übrigen Beweismittel muß aufhören. Wäre aber diese Procedur b) vor Ableistung des Eides beendiget, sey es auch nur mit einer Art der neben dem Eid gehäuften Beweismittel, so muß der Schiedseid ungeschworen bleiben und resp. jene Procedur fortgesetzt werden; indem nun der Zustand des Beweises in die unter A. a. b. bemerkte Lage eintritt. Daferne c) beides, Abschwur des Eides und Reifheit der factischen Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vorläge, so muß der Eid entscheiden, wenn auch das Resultat der übrigen Beweismittel mit dem, was beschworen wurde, in einem directen Widerspruch stände. Dem

Factum erlaubt, jenes Gesetz eine sehr müßige und leere Bemerkung und Erlaubniß aussprechen würde. Ueber das Princip an sich ist auch die Doctrin einverstanden, m. s. Gönner, in dem Handb. Abh. 50 §. 1. all. not. a. Der gewöhnliche Bezug auf Cap. 2. X. 2. 19. ist schon Gönner a. a. O. getadelt. Dieses Gesetz spricht nur das Princip aus: was bereits voll bewiesen ist, bedarf nicht eines nochmaligen Beweises, oder dessen Verstärkung. Eher läßt sich dasselbe auf die eventuelle Eidesdelation analog anwenden, §. 3., vermöge des Princips: alle überflüssige Eide sind zu vermeiden, von dem Richter und von den Parteien.

3) Vergl. Martin, in dem Lehrbuch des bürgerlichen Processes, §. 175. a. not. o. ed. 1817.

4) Gönner, a. a. O. §. 6. Vergl. §. 3. Not. 12. dies. Bem.

5) Gönner und Leyser sind hierunter nicht vollständig, und sehr unrichtige Grundsätze stellt auf, besonders in Bezug auf die nachfolgenden Fälle, Wehrn, in der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 58.

6) Der Schiedseid ist kein subsidiarisches Beweismittel, Danz, in den Grundsätzen des ordentlichen Processes, §. 241. Sieber, gerichtl. Proceß, §. 1069. Die Natur der zu beweisenden Thatsache aber u. s. w. kann seinen Gebrauch ausschließen; Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsst. §. 91. Martin a. a. O. §. 175 a. und 213. und dann würde in den obigen Fällen die Eidesdelation sofort zurückgeworfen werden, ohne dem Beweisführer eine wählende Erklärung zu gebieten.

Gebrauch nach ist der Schiedseid ein ordentliches Beweismittel, den Folgen nach aber hat er Aehnlichkeit mit dem Vergleich, so daß selbst Irrthum des Schwörenden die durch ihn hervorgebrachte juristische Wahrheit nicht aufhebt, dieses vielmehr nur der Beweis eines Meineides vermag, d. h. eines wissentlich, wider eigene Ueberzeugung, fälschlich abgeschwornen Eides [7]). Auch liegt in der eidlichen Ableugnung des bewiesenen Beweisthems des Gegners ein durch dessen Mitschuld hergestellter directer Gegenbeweis. Auf gleichen Gründen beruhet die unter C. a. aufgestellte Regel.

D) Es leidet aber dennoch die unter A. aufgestellte Regel, jenes allgemeine Häufungsverbot, dann eine Ausnahme, wann der Beweisführer a) zum directen Beweis eines facti sich der Zeugen, Urkunden u. s. w. bedient, und nebenbei b) den nämlichen Satz auch indirect, künstlich, darthun will, hier aber dem Producten über die Prämissen den Eid anträgt [8]). Dieser doppelte gleichzeitige Weg ist unbestritten erlaubt [9]); und da nun die Thatsache, aus deren Wahrheit die Wahrheit des Beweisthems gefolgert, nur als Schluß, als Vermuthung, gezogen werden soll, eine andere Thatsache ist, als das Beweisthem selbst, so erscheint die unter A a. erwähnte Collision undenkbar, wenn auch der Producent den über die Prämisse ihm angetragenen Eid annehmen und schwören sollte. Giebt jener den Eid an den Producenten zurück und dieser leistet ihn ab, so wächst dem letzten nur ein Beweisgrund eben so zu, als wann erster die Prämisse einräumt oder deren für geständig geachtet wird, und bildete auch, was höchst selten der Fall ist [10]), die bewiesene Vermuthung einen vollen Beweis, so stört solches das Resultat der übrigen Beweismittel dennoch nicht, sondern der Grad der Vollkommenheit des Beweises erhöhet sich. Hätte der Beweisführer auf dem directen Weg wider sich selbst bewiesen, so würde jener künstliche Beweis geschwächt oder aufgelöst werden, nach den allgemeinen Grundsätzen von der Collision zwischen den eigenen Beweismitteln und Beweisgründen des Beweisführers selbst [11]).

§. 3.

Erlaubt ist die eventuelle oder successive Häufung des Eides mit andern Beweismitteln über das nämliche factum probandum, d. h. ein Antrag des Schiedseides auf den Fall, daß die zunächst zur Hand genommenen Beweismittel, die ernannten Zeugen, die inducirten Urkunden u. s. w., factische Beweisgründe für des Richters Ueberzeugung nicht hervorbringen sollten [12]). Zu bemerken ist hierbei:

A) Auch die eventuelle Eidesdelation ist an die für die Antretung des Beweises überhaupt rechtskräftig vorgeschriebene Beweisfrist gebunden [13]). Man sehe bei dem juramento voluntario den Gegner

---

7) L. 13. Cod. 4. 1. ibi verba: ex perjurio, mit L. 1. huj. tit. L. 31. Dig. 12. 2. Nur insoweit wurde der L. 21 und 22. Dig. 4. 3. derogirt. A. M. ist Grolman, in der Th. des ger. V. in b. Rechtsst. §. 91.

8) Diesen Fall hat Leyser, spec. 135. med. 7. in dem dortigen Rechtsgutachten vor Augen. Vergl. m. Rechtsf. für die Proceßpraxis, nr. 85. S. 254 f.

9) Gönner, a. a. O. Abh. 37. §. 15. Schneider, vom Beweise, §. 52 u. 53. Martin, a. a. O. §. 171. not. p.

10) M. s. Abh. III. §. 5. nr. 2. u. Not. *** dies. Arch.

11) Thibaut, in d. System des Pandectenrechts. Thl. III. §. 1184.

12) Martin, a. a. O. §. 175 a. ibi Gönner u. Quistorp.

13) Dieser Satz ist bekanntlich sehr streitig. Die, welche ihn verneinen, verkennen aber gänzlich den Zweck und die Natur der peremptorischen Beweisfrist.

ſelbſt als Zeugen, oder jenen Schiedseid dem Gebrauch nach als ordentliches Beweismittel an [14]), ſo trifft ihn das allgemeine Princip: auf jedes innerhalb dem peremtoriſchen Beweistermin nicht benannte und auf ein beſtimmtes factum probandum nicht bezogene, obwohl dem Beweisführer bekannte Beweismittel hat letzter für die Beweisführung ſtillſchweigend verzichtet [15]). Dieſes gilt ſelbſt von den Sachverſtändigen und der richterlichen Beaugenſcheinigung, inſofern durch jene oder dieſe eine wirkliche der Partei obliegende Beweisführung unternommen werden ſoll [16]).

B. Wenn die zunächſt benannten und gebrauchten Beweismittel ſolche factiſche Beweisgründe hervorbringen, welche die richterliche Ueberzeugung auch nur unvollkommen begründen, ſo kommt von Seiten des Richters nicht der Schiedseid, ſondern einer der geſetzlichen Eide, zur Anwendung. Es hat nämlich der Beweisführer auf dieſe ein Recht erworben, welches ihm auf jeden Fall vortheilhafter iſt, als die Eidesdelation. Dieſes liegt bei dem Erkenntniß auf einem Ergänzungseid offen vor, und bei dem Purgatorio wird er wenigſtens von dem Gefährdeeid frei, wohl auch von einer gegneriſchen Gewiſſensvertretung [17]) und Erſtattung der Proceßkoſten [18]). Wie aber, wenn der Beweisführer auf Ableiſtung des Schiedseides ausdrücklich antrüge, hierdurch auf jenen Vortheil zu eigenem Nachtheil verzichten wollte, auch hierzu an ſich befugt wäre [19])?

Hier ſcheint ein richterlicher Verweigerungsgrund unerfindlich. Denn der Reinigungseid des Producten tritt ja mit obigen factiſchen Beweisgründen des Producenten eben ſo in Colliſion, wie der angenommene und abgeſchworne Schiedseid, und durch dieſen wird die Lage des Producten nur verbeſſert. Solcher kann den Gefährdeeid von ſeinem Gegner fordern, kann zur Gewiſſensvertretung ſeine Zuflucht nehmen, den Eid zurückgeben, und auch der Koſtenpunkt tritt wohl unter andere ihm mehr günſtige Principien [20]). Alle factiſchen Beweisgründe der übrigen Beweismittel, kann man ſagen, ſchwinden durch den Verzicht des Beweisführers aus den Acten, die richterliche Ueberzeugung hängt nunmehr blos und allein ab von dem Abſchwören oder Nichtſchwören des Schiedseides und was dieſem angehört. Allein, wer andere Beweismittel, als den Schiedseid, zunächſt und vorgängig wählte, erklärt hierdurch ſtillſchweigend daß er die Entſcheidung der Sache nach dem Reſultat dieſes vollkommenen oder unvollkommenen Beweiſes erwarte, und daß im letzten Fall der Richter beſtimmen ſolle, welche Partei einen Ergänzungs- oder Auflöſungseid, d. h. Purgatorium, zu leiſten habe [21]). — Mit der Erklärung, „man trage

14) Abh. III. §. 7. S. 53. dieſ. Arch.

15) Martin, a. a. O. §. 174. ib. all. not. a.

16) M. ſ. Abh. III. §. 5. Not. * S. 39 u. 41.

17) Es iſt wenigſtens die richtigere Meinung, daß gegen einen geſetzlichen Eid die Gewiſſensvertretung nicht Statt findet. Vergl. Glück, in der Erl. der Pand zu Hellf. §. 812.

18) M. Handbuch, zu Martins Lehrb. des bürgerl. Proceſſes. Abh. VI. S. 317. lit. B.

19) Wer über das objectum litis nicht frei disponiren kann, iſt auch wegen der Eidesdelation beſchränkt und muß dieſe nur als ein ſubſidiariſches Rechtsmittel betrachten. L. 17. §. 2. mit L. 35. Dig. 12. 2.

20) M. Handb. zu Martins Lehrs. des bürgerlichen Proceſſes. Abh. VI. S. 341. lit. d.

21) Man darf hier ſagen: viam, quam semel ingressus es, ambula. L. 21. in f. Dig. 4. 2. L. 1. §. 10. Dig. 42. 6.

dem Gegner den Eid eventuell an," ist zugleich die gesetzliche Bedingung ausgesprochen: „daferne der vorgängige Beweis gar kein Resultat haben sollte;" diesen Fall und nur diesen soll der Beweisführer im Sinne haben, weil die eventuelle Eidesdelation nur für diesen Fall gegeben ist. Wenn er nun dann, wann sein vorgängiger Beweis als unvollkommen vorliegt, von jener eventuellen Eidesdelation Gebrauch machen will, so ist dieses ein anderer Eidesantrag, welcher eines Theils erst nach abgeflossenen Beweistermin geschiehet und andern Theils der verbotenen gleichzeitigen Häufung §. 2. angehört. Ueberhaupt verdient die eventuelle Eidesdelation keine Begünstigung; einer weisen Gesetzgebung ist es angemessener, dieselbe gänzlich aufzuheben, als zu erweitern [22]).

C) Der Richter darf also erst dann auf die Ableistung eines eventuell angetragenen Schiedeseides erkennen, oder die Fortsetzung dessen Gebrauchs vorbehalten, wenn a) die Definitive über das Resultat der übrigen Beweismittel dahin ausfällt: „der Beweisführer habe gar nichts bewiesen," d. h. nicht einmal einen Reinigungseid des Producten begründet, und wenn b) der Beweisführer im Laufe der Beweisfrist bestimmt und deutlich erklärte: „er wolle auf diesen Fall sich der Eidesdelation bedienen." [23]). Ein schwankender bloßer Vorbehalt ist zur Beweisantretung nicht ausreichend. So wenig man sich Zeugen, Urkunden ꝛc. blos vorbehalten kann, so wenig den Eid. Juramenti reservatio non est delatio.

D) Hat aber der Beweisführer des eventuellen Eidesantrags gehörig, d. h. ausdrücklich und bestimmt im Laufe des Beweistermins, sich bedient, so muß er diese auch dann verfolgen und wirksam machen können, wann er sich an dem Gebrauch der zunächst ernannten und inducirten Beweismitteln gänzlich versäumen sollte; indem, nach dem obigen, die Eidesdelation als ein selbstständiges, nicht blos accessorisches, Beweismittel anzusehen ist, der Ungehorsam in Ansehung des einen medii probandi auf das andere sich nicht ausdehnen läßt, und daher überhaupt das eine Beweismittel im Gefolge des Versäumnisses verloren gehen, das andere aber aufrecht stehen bleiben kann.

E) Angenommen, der Product, welchem der Eid eventuell angetragen wurde, hätte directen Gegenbeweis wider die vorgängig, mittelst Zeugen u. s. w. versuchte, Beweisführung des Hauptbeweisführers

22) Der Sächsische Proceß duldet sie nicht. Vergl. Kind, in Quaest for. T. I. Cap. 57. Das Gebot, in der Klage u. s. w. mit der Eidesdelation hervorgetreten, Oelze, in d. Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 72. beziehet sich nicht auf eine eventuelle Häufung, sondern auf eine reine Antretung des Beweises mittelst Eidesdelation, zur schnellern Beendigung des Rechtsstreites. Dieser eventuelle Eidesantrag ist also von der successiven Häufung gänzlich verschieden.

23) Am zweckmäßigsten ist, wenn der Richter, beides sub a. b. vorausgesetzt, ausdrücklich erkennt: der Beweisführer habe das, was er beweisen sollen, und durch die Zeugen u. s. w. beweisen wollen, durchaus nicht bewiesen, jedoch bleibe ihm unbenommen, nunmehr von dem im Laufe des Beweistermins auf diesen Fall dem Producten angetragenen Schiedeseid weiter Gebrauch zu machen. Sollte der Beweisführer in seiner Hauptschrift erklärt haben: „falls er gar nichts bewiesen habe, so wiederhole er seinen Eidesantrag," so kann mit obiger Definitive sofort das Decret verbunden werden: „es solle sich aber der Product nunmehr erklären, ob er den Schiedeseid annehmen, zurückgeben, oder das Gewissen mit Beweis vertreten wolle."

geführt [24]), so dienen die factischen Beweisgründe jenes eigentlichen Gegenbeweises als Gewissensvertretung, resp. als vollkommen jenen und jeden Eid verhindernd [25]), resp. einen gesetzlichen Eid begründend [26]). In keinem Fall könnte der Hauptbeweisführer auf den Gebrauch des Schiedseides bestehen, er kann dem Producten und Reproducenten das aus der anticipirten Gewissensvertretung erworbene Recht nicht vereiteln. Ein gleiches tritt ein, wenn der Hauptbeweisführer wider sich selbst bewiesen hat [27]); denn die Beweismittel und deren factische Beweisgründe werden durch die Realproduction gemeinschaftlich [28]).

F) Ein von dem Producten unternommener indirecter Gegenbeweis [29]), kann a) als unvollkommen den Fortschritt der eventuellen Eideshäufung deshalb nicht hemmen, oder zu einem Erkenntniß auf einen gesetzlichen Eid in dem Gebiete jenes indirecten Gegenbeweises den Richter befugen, weil, nach der Eventualmaxime, der Richter eine solche reprobatio nicht eher in Betracht ziehen darf, als bis der, der Reihefolge nach vorgängige, Hauptbeweis als vollständig vorliegt, oder ergänzt ist [30]). Fände aber b) der Richter den indirecten Gegenbeweis als vollkommen geführt, und α) sein Gegenstand ist ein selbstständiges Recht, welches sich auch agendo verfolgen läßt, so muß ebenfalls der Hauptbeweis des Gegners erst vollkommen oder ergänzt seyn, ehe der Richter von dem Gegenbeweis aus die Sache entscheiden darf; dies folgt aus der Regel: actore non probante reus absolvitur [31]); dahingegen β) der vollkommene, eine selbstständige Forderung nicht enthaltende, indirecte Gegenbeweis die über den Hauptbeweis des Gegners von diesem geschehene eventuelle Eidesdelation gänzlich vernichtet und eine sofortige Entbindung des Gegenbeweisführers begründet. Es würde nämlich auch der vollkommene Hauptbeweis durch diesen vollkommenen Gegenbeweis aufgewogen, und der productische Reproducent hat das Interesse keinesweges, welches im Falle α) in der Aufsparung seines Klagrechts bestehet. Macht er dieses excipiendo wirksam, so würde ihm nachher sein in Klage genommener Gegner die Einrede einer doppelten Rechtsverfolgung entgegen setzen [32]).

Schlußbemerkung.

Der Richter und Referent hat auf die obige Verschiedenheit der Fälle die höchste Aufmerksamkeit zu verwenden und insonderheit zu prüfen, ob nicht der Beweisführer über getrennte und dennoch identische Sätze resp. Zeugen u. s. w. producire und resp. den Eid antrage. Es kann die gleichzeitige Häufung sehr versteckt liegen, und bisweilen ist sie auch nur theilweise vorhanden. Dahingegen ist es auch ungerecht, überall gleich eine solche verbotene Cumulation zu erfinden, wo in dem Gebiete des nämlichen Beweissatzes der Beweisführer neben andern Beweismitteln auch der Eidesdelation sich bedient.

44) D. h. das directe contrarium, das Unwahr, des Beweisthems seines Gegners zu beweisen sich bestrebt.
Arg. Cap. 3 X. 2, 19. Martin, in dem Lehrb. des teutschen bürg. Processes, §. 176. not. l. ed. 1817.
26) Martin, a. a. O. §. 217. not. 5. ibi all.
27) Danz, in den Grundsätzen des ord. Proc. §. 272. not. f. a. E.
28) Gönner a.a.O. Abh. 39, §. 8. Mart. a.a.O. §. 166. all. not. h.
29) D. h. über eine selbstständige, von der Behauptung seines Gegners verschiedene, auch derselben Wahrheit wirkungslos machende, Behauptung, z. B. peremtorische Einrede, eigentliche Replik oder Duplik.
30) L. 9. Cod. 8. 36.
31) L. cit. 9. Cod. 8. 36. L. 9. Cod. 4. 10. L. 4. Cod. 2. 1.
32) Vergl. Martin, a. a. O. §. 166. not. v.